# VARIA 10 (D)

Prof Dr Harald STOLZLECHNER

# FLUCHT AUS DER KONTROLLE

(IM AUFTRAGE DES EUROPÄISCHEN OMBUDSMANN-INSTITUTES FÜR DIE ARBEITSTAGUNG VOM 21.9.1996 IN LAIBACH - AUCH AUS RECHTSVERGLEICHENDER SICHT - ANGESTELLTE ÜBERLEGUNGEN ZUR PRIVATISIERUNG STAATLICHER VERWALTUNGSAUFGABEN UND ZUR KONTROLLE DURCH DEN OMBUDSMANN)

Universität Salzburg
Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht
o.Univ.-Prof. Dr.Harald Stolzlechner

# PRIVATISIERUNG STAATLICHER VERWALTUNGSAUFGABEN UND KONTROLLE DURCH DIE VOLKSANWALTSCHAFT

Überlegungen zu einem aktuellen Verfassungsproblem, auch aus rechtsvergleichender Sicht

o.Univ.-Prof. Dr. Harald Stolzlechner, Salzburg

## I. Einleitung und Problemstellung

Seit Jahren wird in praktisch allen Staaten Europas die Privatisierung staatlicher Verwaltungsaufgaben nicht nur theoretisch diskutiert, sondern es werden - freilich in unterschiedlichem Ausmaß - auch konkrete Privatisierungsmaßnahmen praktisch/politisch umgesetzt[1]. Im Vordergrund stehen dabei namentlich finanz-, budget- und wirtschaftspolitische Beweggründe, wie etwa: Steigerung der Effizienz durch Einführung privatwirtschaftlicher Beschäftigungs- und Führungsformen; Ausgliederung aus dem Staatsbudget; leichtere Beweglichkeit auf den Finanzmärkten sowie Erzielung von Privatisierungserlösen zur Reduktion des Staatsdefizits.[2]

---

[1] Einen kurzen Überblick über die Geschichte der Privatisierung, namentlich auch unter Bezugnahme auf Privatisierungsmaßnahmen in Großbritannien, Frankreich und Deutschland geben etwa *Smekal*, Kommunale Unternehmungen zwischen Eigenwirtschaftlichkeit und öffentlichem Auftrag - Finanzwissenschaftliche Analyse, in: *Morscher/Smekal*, Kommunale Unternehmungen zwischen Eigenwirtschaftlichkeit und öffentlichem Auftrag (Wien 1982) 85 ff (insb 145 ff); *Schauer*, Aktuelle Probleme der öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, in: Öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft in Österreich (Wien 1992) 77 f; *Schäffer*, Privatisierung in Österreich, Österreichisches Jahrbuch für Politik 1988, 615 ff sowie *Wenger*, Recht der öffentlichen Unternehmungen, in: *Wenger* (Hrsg), Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts II (1990) Rz 50 ff.
Das Thema „Privatisierung von Verwaltungsaufgaben" wurde zuletzt auf der Jahrestagung 1994 der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer mit Referaten von *Hengstschläger*, *Osterloh*, *Bauer*, *Jag* umfassend diskutiert (vgl VVDStRL 54).

[2] Zu den betriebs- und staatswirtschaftlichen Beweggründen für Privatisierungsmaßnahmen vgl insb *Schauer*, Aktuelle Probleme (FN 1) sowie *Schauer*, Die Privatisierung öffentlicher Dienste und öffentlicher Unternehmungen als Wille und Vorstellung, in: Das öffentliche Haushaltswesen in Österreich, 1991/3-4, 237ff (insb 240ff) sowie vor allem *Smekal*, Kommunale Unternehmungen (FN 1) 147ff).

Geringe Beachtung fand hingegen die Frage, welche Auswirkungen Privatisierungsmaßnahmen auf die **Kontrolle der Verwaltungstätigkeit** bzw auf den **Rechtsschutz der Bürger** haben. Dies gilt namentlich für die zahlreichen Fälle, in denen der Staat nicht gänzlich auf die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben verzichtet, sondern lediglich einen Privatrechtsträger gründet und von diesem beherrschten Rechtsträger die übertragenen Verwaltungsaufgaben erfüllen läßt. Die Mißstaatskontrolle ausgegliederter Privatrechtsträger durch die Volksanwaltschaft (VA) soll im Mittelpunkt der weiteren Erörterungen stehen.

Die Vielschichtigkeit des Themas verlangt jedoch vorab eine Klarstellung: Es kann in der Folge nicht um eine allgemein gültige, gleichsam für alle Rechtsordnungen Europas ideale Lösung der aufgeworfenen Kontrollproblematik gehen. Weder gibt es „Standardmodelle" für den Rechtsschutz gegen mißbräuchlichem Verwaltungshandeln, sondern jeder Staat hat eigenständige Formen, Organe und Verfahren des Rechtsschutzes entwickelt, die sich - bei aller Vergleichbarkeit - in wichtigen Punkten unterscheiden. Noch weniger gibt es solche „Standardmodelle" bei der Privatisierung, sondern jeder Staat hat für sich die politische Frage zu lösen, in welchem qualitiativen und quantitativen Ausmaß er Verwaltungsaufgaben auf Privatrechtsträger überträgt.

Mit diesem Vorbehalt möchte ich an das Thema der Ombudsmann-Kontrolle ausgegliederter, vom Staat beherrschter Privatrechtsträger herangehen und es am **Beispiel der österreichischen Bundes-Volksanwaltschaft** (vgl Art 148a ff B-VG) darstellen. Dabei wird es zunächst notwendig sein, einige grundsätzliche Überlegungen zu Formen, Arten und Motiven der Privatisierung anzustellen (II.). Im Anschluß daran soll die aktuelle Verfassungsrechtslage hinsichtlich der Kontrolle ausgegliederter Privatrechtsträger durch die VA dargestellt werden (III.). In einem weiteren Kapitel möchte ich einen rechtsvergleichenden Überblick über die Regelung der vorliegenden Kontrollproblematik in verschiedenen europäischen Verfassungen geben (IV.), um daraus abschließend mögliche Schlußfolgerungen für die rechtspolitische Fragestellung zu ziehen, ob die österreichische Bundesverfassung zum Zwecke der Ausdehnung der Prüfkompetenz der VA auf ausgegliederte Rechtsträger geändert werden soll (V.).

## II. Arten, Formen und Motive der Privatisierung; aktuelle Beispiele

### A. Arten, Formen und Motive der Privatisierung

Beschäftigt man sich mit Fragen der Privatisierung, so bewegt man sich auf unsicherem Boden. Es fehlt an einer klaren Begriffsumschreibung. Eine solche ist aber auch kaum möglich, weil unter dem Begriff „Privatisierung" zahlreiche, sehr unterschiedliche Phänomene der Entstaatlichung, des „Rückzugs des Staates"[3], der Übertragung staatlicher Verwaltungsaufgaben auf Privatrechtssubjekte, der Entbürokratisierung und Deregulierung (als Vereinfachung von Verwaltungsvorschriften und Verwaltungsabläufen)[4], der Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen sowie etwa der Änderung von Eigentums- und Entscheidungsverhältnissen an öffentlichen Unternehmungen zusammengefaßt.[5] Für die juristische Diskussion wesentlich ist vor allem die herkömmliche Unterscheidung in Aufgaben-/materielle/ „echte" Privatisierung einerseits, und organisations-/formale/ „unechte" Privatisierung andererseits.[6]

Mit „echter" Privatisierung ist gemeint, daß staatliche Verwaltungsaufgaben auf echte Privatrechtsträger übertragen werden oder ein öffentliches Unternehmen in den Privatrechtsbereich ausgelagert wird. Entscheidend ist in beiden Fällen, daß die Willensbildung von echten Privatrechtsträgern wahrgenommen wird. Es kommt zu einem Wechsel in der Aufgabenverantwortung vom Staat hin zum echten Privaten. Der Rechtsschutz wird nicht mehr mit Hilfe öffentlich-rechtlicher Rechtsschutzeinrichtungen, sondern im Wege der **ordentlichen Gerichtsbarkeit** gewährleistet. Beispielhaft verwiesen sei etwa auf die Berechnung und Einhebung von *Telefongebühren*: Nach dem alten FernmeldeG 1949 war das Rechtsverhältnis zwischen Post- und Telegrafenverwaltung (PTV) und den Telefonbenützern *öffentlich-rechtlicher Natur*. Über Streitigkeiten (zB hinsichtlich einer unrichtigen Gebührenberechnung) entschied die Verwaltungsbehörde mit Bescheid. Als wesentlicher Schritt in Richtung auf eine Gesamtprivatisierung des Telekom-Bereiches wurde mit dem neuen FernmeldeG 1993 BGBl

---

[3] Vgl dazu die informative Arbeit von *Schuppert*, Rückzug des Staates? DÖV 1995, 761ff.

[4] Zur Diskussion um die Deregeluierung vgl etwa *Oberndorfer* (Hrsg), Deregulierung (Linz 1992); *Korinek*, Staatsrechtliche Ansätze für eine Deregulierung im Wirtschaftsrecht, JBl 1991 409 ff; *Korinek*, Legalitätsprinzip als Hindernis für die Wirtschaft? In: Entwicklungen in Management - Gedankenskizuen für innovationsbewußte Manager, FS für *Herbert Kraus* (Wien 1992) 125 ff sowie *Wimmer/Arnold*, Optimierung der Staatlichkeit, in: Recht als Aufgabe und Verantwortung, FS *Klesacsky* (1990) 291 ff (jeweils mit weiterführenden Nachweisen).

[5] Zur Unschärfe des Begriffes der Privatisierung sowie zu den zahlreichen Begriffsinhalten vgl insb *Smekal*, Kommunale Unternehmungen (FN 1) 146; *Schäffer*, Privatisierung (FN 1) 618 ff; *Morscher*, Kommunale Unternehmungen (FN ...) 63 ff sowie *Schauer*, Privatisierung öffentlicher Dienste (FN 1) 238 ff.

[6] Vgl *Binder*, Wirtschaftsrecht (1992) 186; *Hengstschläger*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (....) 166 ff (insb 170) sowie *Wenger*, Öffentliche Unternehmungen (FN 1) Rz 50; vgl ferner *Schuppert*, Rückzug des Staates? DÖV 1995, 766 ff.

....[7] die Rechtsbeziehungen zwischen PTV und Konsumenten, namentlich auch hinsichtlich der Telefonbenützungsgebühren dem Zivilrecht, einschließlich dem Konsumentenschutzrecht unterstellt. Über Streitfälle entscheiden daher nicht mehr Verwaltungsbehörden unabhängiger Gerichte.

Bei der „unechten" Privatisierung bleiben hingegen Aufgabenwahrnehmung und -verantwortung im staatlichen Bereich. Die Gebietskörperschaften verzichten zwar auf die Erledigung bestimmter Verwaltungsaufgaben - seien sie hoheitlicher, oder privatwirtschaftlicher Natur - durch den **eigenen Organapparat**, gründen jedoch eigenständige Verwaltungseinheiten als Rechtspersonen des öffentlichen Rechts (Stiftungen, Fonds, Anstalten) oder Gesellschaften als Rechtspersonen des privaten Rechts (Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung) und nehmen die Verwaltungsaufgaben über diese ausgegliederten, jedoch organisatorisch und/oder finanziell beherrschte Rechtsträger wahr. In diesen Fällen wird der Staat seiner äußeren Form nach „unter fremdem Namen" tätig, er verlagert Verwaltungstätigkeiten in privatrechtliche/öffentlich-rechtliche Organisationsformen.[8] Bei diesen „Mischformen" staatlicher Aufgabenwahrnehmung gibt es vielfach Probleme im Bereich des Rechtsschutzes (zB Grundrechtsschutz; VA-Beschwerde).

Im Mittelpunkt der weiteren Überlegungen sollen die solcherart skizzierten, von der öffentlichen Hand organisatorisch und/oder finanziell beherrschten Privatrechtsträger stehen. Diese erfüllen üblicherweise Aufgaben der *staatlichen Privatwirtschaftsverwaltung* (Art 17 B-VG), in Ausnahmefällen sind sie aber auch ermächtigt, *echte Hoheitsaufgaben* in den Formen hoheitlichen Verwaltungshandelns (Bescheid, Verordnung etc, wahrzunehmen.[9] Die **Beteiligungsverhältnisse** können dabei unterschiedlich gestaltet sein. Das Gesellschaftsrecht setzt diesbezüglich kaum Schranken und die Gebietskörperschaften können sich entsprechend ihrem konkreten Interesse im Einzelfall in unterschiedlichem Ausmaß an einem Rechtsträger beteiligen. Sie nehmen von dieser Möglichkeit auch ausgiebig Gebrauch. Es gibt daher ausgegliederte Privatrechtsträger, an denen der Bund allein oder gemeinsam mit anderen

[7] Vgl dazu grundsätzlich *Wittmann*, Das neue Fernmelderecht - ein systematischer Überblick, in: EDV und Recht II/93, 129 ff.

[8] So zutreffend *Binder*, Wirtschaftsrecht 186; allgemein zur Ausgliederung öffentlicher Aufgaben *Funk*, Allgemeine verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Probleme, in: *Funk* (Hrsg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981) 1ff.

[9] Der VfGH hat zuletzt mit seinem Erkenntnis vom 14.3.1996, B 2113/94 ua in Bezug auf die Wahrnehmung staatlicher Hoheitsaufgaben durch die Austro Control GmbH die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der Übertragung von Hoheitsaufgaben auf beherrschte Privatrechtsträger festgestellt.

Gebietskörperschaften (Länder, Gemeinden) sämtliche Anteile hält. Daneben bestehen Privatrechtsträger, an denen die öffentlichen Hände und echte Private beteiligt sind, und zwar solche, bei denen die Gebietskörperschaften die Mehrheit der Anteilsrechte besitzen, aber auch solche, wo die öffentlichen Hände lediglich einen Minderanteil besitzen und die Beteiligungsmehrheit bei echten Privaten liegt.[10] Als von der öffentlichen Hand „beherrschte" Rechtsträger können dabei jene Verwaltungsträger qualifiziert werden, an denen die Gebietskörperschaften entweder alle Anteilsrechte oder zumindest die Mehrheit der Anteile besitzen.[11]

Die **Motive** für Ausgliederungen sind so unterschiedlich wie die Formen und Beteiligungsverhältnisse, jedoch kommt finanz-, budget- und wirtschaftspolitischen Beweggründen erhebliche Bedeutung zu. Von Privatisierungsmaßnahmen werden vor allem folgende positive Wirkungen erwartet[12]:

- Ausgliederung aus dem Staatsbudget und Entlastung des Staatshaushalts;
- Erhöhung der Effektivität bei der Aufgabenführung und dadurch Verringerung von Verwaltungskosten;
- größere Flexibilität auf personellem, finanziellem und wirtschaftlichem Gebiet.

Kein erklärtes Ziel staatlicher Aufgabenprivatisierung ist die Reduktion des Rechtsschutzes; eine solche wird allenfalls „in Kauf genommen".

## B. Aktuelle Beispiele

Zur Veranschaulichung der bisherigen Ausführungen seien wichtige Beispiele aus der Privatisierungspraxis des Bundes angeführt. Schon in den 70er Jahren wurden zahlreiche bis dahin als unselbständige Bundesbetriebe geführte Einrichtungen als handelsrechtliche Gesellschaften neu gegründet und damit aus der Verwaltungsorganisation des Bundes ausgegliedert. Verwiesen sei etwa auf die Umwandlung der (ehemals als Regiebetriebe geführten) **Monopolbetriebe**[13] in Kapitalgesellschaften: Österreichische Salinen AG (vgl

[10] Einen informativen (allerdings teilweise schon wieder überholten) Überblick über die Beteiligungsverhältnisse an beherrschten Privatrechtsträgern gibt *Binder*, Wirtschaftsrecht 179ff.

[11] Vgl dazu die beiden Grundsatzreferate von *Puck* und *Schäffer* über die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch beherrschte Privatrechtsträger, in: Schriftenreihe der Bundeskammer der Gewerblichen Wirtschaft: Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte (1973).

[12] Dazu vgl vor allem *Smekal*, Kommunale Unternehmungen (FN 1) 147ff; *Hengstschläger*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben (FN...) 166f sowie *Schauer*, Aktuelle Probleme (FN 1) 78f (jweils mit weiterführenden Hinweisen).

[13] Zu dem Staatsmonopol grundsätzlich *Mayer*, Staatsmonopole (1976).

SalzmonopolG BGBl 1978/124); Austria Tabakwerke AG und Monopolverwaltung GmbH (TabakmonopolG 1996 BGBl 1995/830), wobei der Monopolverwaltung GmbH die Letztverantwortung für die (häufig umstrittene) Besetzung von Tabaktrafiken zukommt (vgl § 33 TabMG 1996); ferner etwa die Verselbständigung der Postsparkasse (BGBl .....), der Staatsdruckerei (BGBl 1981/340), des Bundesverlages (BGBl....) sowie des Dorotheums (BGBl ....). Zu erwähnen sind ferner die verstaatlichten Banken (zB die Creditanstalt(bankverein); die jahrelangen Privatisierungsbemühungen insbesondere hinsichtlich der CA haben allerdings bislang noch zu keinem Erfolg geführt. Verwiesen sei schließlich auf die Österreichische Elektrizitätswirtschafts-AG („Verbundgesellschaft"; Bund: 53,823%; Reststreubesitz) sowie auf die Austrian Airlines - Österreichische Luftverkehrs-AG (Bund: 61,39%; Swissair 3,3%; Syndikat: 8%; Reststreubesitz).[14]

In jüngster Zeit wurde Österreich von einer „zweiten Privatisierungswelle" von eminenter wirtschaftspolitischer Tragweite erfaßt. An erster Stelle zu nennen sind die Privatisierungen von **Bahn** und **Post**. Mit dem BundesbahnG 1992 BGBl 835 wurde der als Zweig der Betriebsverwaltung des Bundes gebildete Wirtschaftskörper „Österreichische Bundesbahnen" in eine **Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit** umgewandelt, auf die die Regeln des GesmbHG RGBl 1906/58 anzuwenden sind. Das Unternehmen ist nach kaufmännischen Grundsätzen zu führen. Die Verwaltung der Anteilsrechte des Bundes obliegt dem BMWVK. Ein bestimmtes Beteiligungsverhältnis ist nicht vorgesehen; dies eröffnet die Möglichkeit einer späteren, zumindest teilweisen Privatisierung. Ein *wichtiger Aufgabenbereich* ist die **Modernisierung der Schieneninfrastruktur**, jedoch obliegt diese Aufgabe den Bundesbahnen nicht allein. Für Planung und Bau von Hochleistungsstrecken wurde eine eigene „Eisenbahn-Hochleistungsstrecken-AG" gegründet (vgl § 7 HochleistungsstreckenG BGBl 1989/135 idF zuletzt BGBl 1994/655).[15] Für eine Eisenbahnstrecke von nationaler, ja europäischer Bedeutung, nämlich für die Planung und Erweiterung der Brennerstrecke (Stichwort: „Brenner-Basis-Tunnel") wurde schließlich eine eigene „Brenner-Eisenbahngesellschaft" gegründet (vgl BG zur Errichtung einer „Brenner-Eisenbahn-Gesellschaft" BGBl 1995/502), deren Anteile dem Bund zumindestens 51% vorbehalten sind.[16] Zur Koordinierung der Finanzierung der damit verbundenen hohen Investitionskosten wurde

[14] Beteiligungsverhältnisse und weitere Beispiele bei *Binder*, Wirtschaftsrecht 182.
[15] Vgl dazu auch die Verordnung des BMöffWV über die Übertragung der Planung des Baues von Hochleistungsstrecken oder von Teilen derselben an die Eisenbahn-Hochleistungsstrecken-AG BGBl 1989/405 idF zuletzt BGBl 1995/597.
[16] Vgl dazu die Verordnung des BMWVK über die Übertragung der umfassenden Planung der Hochleistungsstrecke Staatsgrenze bei Kufstein/Innsbruck/Staatsgrenze am Brenner an die Brenner-Eisenbahn-Gesellschaft BGBl 1996/238.

schließlich eine eigene „Schieneninfrastrukturfinanzierungs-GesmbH" gegründet, deren Anteile zumindest zu 51% dem Bund vorbehalten sind (vgl Art 94 StrukturanpassungsG BGBl 1996/221).

Mit dem PoststrukturG (Art 95 StrukturanpassungsG BGBl 1996/201; PTSG) wird zur Besorgung der bisher von der Post- und Telegrafenverwaltung wahrgenommenen Aufgaben eine „Post- und Telekom-Austria AG" (PTA) gegründet. Bis zum 31.12.1999 hat eine Börseneinführung der Gesellschaft zu erfolgen. Unternehmensgegenstand sind die klassischen Dienstleistungen, nämlich Post-, Telekomunikations-, Paket-, Omnibus- sowie Gelddienste (§ 2 PTSG). Daneben wird auch eine *Holdinggesellschaft*, nämlich die (als GesmbH konzipierte) „Post- und Telekombeteiligungsverwaltungsgesellschaft" begründet (§ 11 PTSG). Im Eigentum diese Gesellschaft stehen alle Aktien an der Post- und Telekom-Austria AG. Ihr Unternehmensgegenstand ist das Ausüben der Aktionärsrechte bei der Post- und Telekom-Austria AG und die Verwaltung der ihr übertragenen Schulden.[17]

Der Post- und Telekom-Austria AG wurden inzwischen wichtige, „streitanfällige" Aufgaben übertragen, nämlich
- Erteilung und Widerruf von Rundfunk- und Fernsehrundfunkbewilligungen,
- Einhebung der Rundfunk- und Fernsehrundfunkgebühren,
- Entscheidung über Anträge auf Gebührenbefreiung) vgl Übertragungsverordnung BGBl 1996/200).

Auch bei Erhaltung, Ausbau und Finanzierung des gehobenen Straßennetzes kommt ausgegliederten Privatrechtsträgern eminente Bedeutung zu. Mit dem BG betreffend Maßnahmen im Bereich der Bundesstraßengesellschaften BGBl 1992/826 wurde eine Strukturbereinigung unter den bestehenden Straßenbau- und Finanzierungsgesellschaften herbeigeführt. Mit diesem BG wurden die (bis dahin selbständigen) Autobahnen-Schnellstraßen AG, die Phyrn-Autobahn AG, die Tauernautobahn AG und die Wiener Bundestraßen AG zu einer neuen „Österreichischen Autobahnen- und Schnellstraßen AG" verschmolzen. Beteiligt sind daran (sowie bisher bei den Einzelgesellschaften) der Bund und die Länder Kärnten, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark und Wien. Ferner wurden die Arlberg-Straßentunnel AG und die Brenner-Autobahn AG zu einer neuen „Alpen-Straßen AG" verschmolzen. Auch hier

[17] Das BG über die Einrichtung und Aufgaben der Post- und Telekom-Austria Beteiligungsgesellschaft BGBl 1994/638 wurde inzwischen außer Kraft gesetzt; vgl § 20 Abs 2 PTSG.

verbleiben die Aktien bei den alten Aktionären (Bund, Länder Tirol und Vorarlberg) im bisherigen Verhältnis bestehen.

Den neu gegründeten Gesellschaften kommen jetzt neue Aufgaben im Zusammenhang mit der **Bemautung des höherrangigen Straßennetzes** zu: Nach § 1 des BundesstraßenfinanzierungsG 1996 (Art 20 StrukturanpassungsG BGBl 1996/201) hat der Bund die *Mauteinhebung* den beiden Bundesstraßengesellschaften zu übertragen. Die Mauttarife selbst legt allerdings der BMWIAng im Einvernehmen mit dem BMF und unter Bedachtnahme auf Vorschläge der Bundesstraßengesellschaften durch Verordnung fest (§ 3 BStFG 1996).

Auch auf dem Gebiet der *Luftfahrt* operiert der Bund neuerdings mit einem selbständigen Privatunternehmen. Mit dem „Austro-ControlG" (BGBl 1993/898) wurde der BMWöffWV ermächtigt, an Stelle des *Bundesamtes für Zivilluftfahrt* eine GmbH mit der Firmenbezeichnung „Austro Control Österreichische Gesellschaft für Zivilluftfahrt mit beschränkter Haftung" (Austro Control GmbH) zu gründen. Ihre Anteile sind zu 100% dem Bund vorbehalten. Das Motiv für diese Ausgliederung ist finanzpolitischer Natur: Eine Privatgesellschaft ist besser in der Lage für die Erbringung von Dienstleistungen zum Zwecke der Flugsicherung Entgelte und Gebühr einzuheben (zB Flugsicherungsstreckengebühr; Anfluggebühren etc). Mit dieser Ausgliederung soll ein Schritt in Richtung Kostenwahrheit getan werden.[18]

Die Austro Control GmbH hat sämtliche bisher dem Bundesamt für Zivilluftfahrt übertragenen Aufgaben (ausgenommen solche nach § 40b LuftfahrtG) wahrzunehmen; dazu gehören etwa: Die Zulassung von Zivilluftfahrzeugen, die Führung eines Luftfahrzeugregisters, die Anerkennung ausländischer Zulassungen bzw der Widerruf von Zulassungen und Anerkennungen, die Anerkennung ausländischer Zivilluftfahrerscheine, die Bewilligung der Aufnahme des Betriebes einer Zivilluftfahrerschule etc.[19] Die Austro Control GmbH ist also ein beliehenes Unternehmen mit echt hoheitlichen Aufgaben. Sie unterliegt daher dem vollen Weisungsrecht des BMWVK (§ 139 LFG idF BGBl 1993/898). Der BM ist überdies sachlich

[18] So die Erläuternden Bemerkungen, allgemeiner Teil, 1247 BlgNR 18.GP.

[19] Angesichts des Umfangs und der Bedeutung der den Staatsorganen zur unmittelbaren Wahrnehmung verbleibenden Kompetenzen wertete der VfGH die der Austro Control GmbH übertragenen Agenden als bloß „**vereinzelte Aufgaben**" im Sinne seiner bisherigen Judikatur (VfGH 14.3.1996, B 2113/94 ua).

in Betracht kommende Oberbehörde und im Instanzenzug der Austro Control GmbH unmittelbar übergeordnet (§ 140 LFG idF BGBl 1993/898).[20]

Abgeschlossen werden soll die (keineswegs vollständige) Liste aktueller Privatisierungsmaßnahmen mit Beispielen aus dem Bereich der Auslandskulturpolitik und der Verwaltung eines nationalen Kulturerbes, nämlich des Schlosses Schönbrunn/Wien. Mit dem Österreich InstitutG BGBl 1996/177 wurde der BMAA ermächtigt, eine gemeinnützige GmbH mit dem Firmennamen „Österreich Institut GmbH" zu gründen. Ihre Aufgabei ist es, „kulturelle Auslandsbeziehungen insbesondere über das Medium der deutschen Sprache zu pflegen" (§ 1 Österreich InstitutsG). Diese Aufgabe kann erfüllt werden durch: Abhaltung von Deutschkursen, fachliche Betreuung des Deutschunterrichts im Ausland, Entsendung von Lektoren, Lehrern und Sprachassistenten etc. Die Anteile der Gesellschaft sind zu 100% dem Bund vorbehalten.

Zur Verbesserung der finanziellen Grundlagen der Gebäudeerhaltung sowie zwecks besserer marktwirtschaftlicher Nutzung von Schloß und Tiergarten Schönbrunn wurden selbständige Privatrechtsträger gegründet, nämlich eine „Schönbrunner Tiergarten GmbH" (BGBl 1991/420) sowie eine „Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebs GmbH" (BGBl 1992/208).[21]

Im Hinblick auf die unterschiedlichen Unternehmensgegenstände ist eine *allgemeine Charakterisierung* der ausgegliederten Rechtsträger schwierig. Soviel läßt sich jedoch sagen: Der Bund greift zu Privatrecht vor, vor allem dann, wenn es um Durchführung technisch/wirtschaftlich anspruchsvoller Aufgaben geht, namentlich vor allem auch dann, wenn die Aufgabenerfüllung mit hohen Investitionskosten verbunden ist (zB Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen). Ermöglicht werden soll aber auch durch die Privatrechtsform vor allem die Anwendung moderner Management-, Marketing- und Vertriebsformen.

## III. „Beherrschte" Privatrechtsträger und Kontrolle durch die VA - aktuelle Rechtslage

[20] Mit der Verordnung betreffend die Übertragung von Zuständigkeiten an den Österreichischen Aero Club BGBl 1994/394 idF BGBl 1996/241 wurde die Zuständigkeit für die Durchführung von *Verwaltungsverfahren* hinsichtlich verschiedener Entscheidungen auf dem Gebiet des Flugsports (zB Ausstellung von Flugschülerausweisen) auf den Österreichischen Aero Club übertragen.

[21] Mit Verordnung betreffend die Auflösung der Schloßhauptmannschaft BGBl 1992/641 wurde die Schloßhauptmannschaft als Leitungsstelle des unselbständigen Bundesbetriebes „Schloß Schönbrunn" aufgelöst.

## A. Notwendigkeit der Differenzierung: Privatrechtsträger, die Hoheitsaufgaben erfüllen, unterliegen der VA-Kontrolle; Privatrechtsträger, die ausschließlich nichthoheitliche Aufgaben wahrnehmen, hingegen nicht

Betrachtet man die einschlägigen Verfassungsbestimmungen, so wird man hinsichtlich der Prüfkompetenz der VA in Bezug auf ausgegliederte Rechtsträger zu unterscheiden haben, je nachdem, ob ausgegliederte Rechtsträger hoheitliche oder nichthoheitliche Aufgaben zu erfüllen haben; dies aus folgenden Überlegungen:
Nach Art 148a B-VG kann sich jedermann bei der VA wegen behaupteter Mißstände „**in der Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten**" beschweren. Damit ist nach herrschender Ansicht die **gesamte Verwaltungstätigkeit des Bundes** erfaßt, gleichgültig, ob es sich um unmittelbare oder mittelbare, um hoheitliche oder nichthoheitliche Besorgung von Aufgaben handelt.[22]

„Verwaltung des Bundes" ist jedenfalls die **gesamte Hoheitsverwaltung des Bundes**, die unmittelbare (Erfüllung durch eigene Bundesorgane), die mittelbare Bundesverwaltung (Art 102 B-VG) ebenso die Vollzugstätigkeit von Selbstverwaltungskörpern (zB Gemeinden) im übertragenen Wirkungsbereich des Bundes.[23] Ob dazu auch die Erfüllung von Bundeshoheitsaufgaben durch *ausgegliederte Privatrechtsträger* zählt, wurde bislang nicht geklärt. Dies wird aber wohl deshalb zu bejahen sein, zumal die Erfüllung von hoheitlichen Aufgaben durch Privatrechtsträger als „Verwaltung" im Sinne der Bundesverfassung zu qualifizieren ist. [24] Dies ergibt sich etwa bei der erwähnten Austro Control GmbH daraus, daß dieser Privatrechtsträger bei Erfüllung der ihm übertragenen Hoheitsaufgaben einem *ministeriellen Aufsichts- und Weisungsrecht* unterliegt, daß ein *Instanzenzug* an den zuständigen BM gegeben ist und die Verwaltungsakte der *Kontrolle der Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts* unterliegen (vgl insb §§ 139, 140 LuftfahrtG).[25]

---

[22] Vgl etwa *Mayer*, B-VG (1994) Art 148a B-VG I.1; *Öhlinger*, Verfassungsrecht[2] (1995) 227 sowie *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts[8] (1996) Rz 1267; vgl ferner VfSlg 13.323/1992.

[23] So zutreffend *Walter/Mayer*, Grundriß (FN 22) Rz 1267 sowie *Öhlinger*, Verfassungsrecht[2] 227.

[24] So zutreffend *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1986) 17 sowie *Rill*, Zum Verwaltungsbegriff, in: *Rill* (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 35ff (57).

[25] In diesem Sinne stellte auch der VfGH bereits in VfSlg 1455/1932 klar, daß es „sowohl mit Art 20 als auch mit Art 77 B-VG ... durchaus vereinbar (erscheint), daß auch private physische oder juristische Personen durch Gesetz zur Besorgung von öffentlichen Angelegenheiten berufen und dadurch in die **öffentliche Verwaltung eingegliedert** werden". Er hat ferner ausgesprochen, es müsse angenommen werden, daß der Bundes-Verfassungsgesetzgeber es stillschweigend als verfassungsrechtlich zulässig ansah, für vereinzelte Aufgabenorgane von Nicht-Gebietskörperschaften mit der **Vollzugsgewalt des Bundes** oder **eines Landes** auszustatten (vgl etwa VfSlg 3685/1960; 10.213/1984 sowie zuletzt VfGH 14.3.1996, B 2113/94 ua).

Ist die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben durch ausgegliederte Privatrechtsträger als „**Verwaltung" im Sinne des B-VG** zu qualifizieren, so zählt sie auch zur „Verwaltung des Bundes" im Sinne des Art 148 Abs 1 B-VG. **Ausgegliederte Privatrechtsträger unterliegen daher in Hinsicht auf die Durchführung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben der VA-Kontrolle.**[26]

Anders zu beurteilen ist die Erfüllung **nichthoheitlicher Aufgaben** durch Privatrechtsträger. Zwar unterliegt der Bund auch als Träger von Privatrechten (Art 17 B-VG) der volksanwaltschaftlichen Kontrolle, jedoch ist fraglich, ob dazu auch jene Akte zählen, die nicht der Bund selbst, sondern ein von ihm bestimmter, ausgegliederter Rechtsträger setzt. Obwohl der Verfassungswortlaut mehrere Deutungen zuläßt, sprechen die besseren Gründe für eine Ausklammerung aus der VA-Prüfkompetenz.

In den - zur Ermittlung des Willens des Verfassungsgesetzgebers heranzuziehenden - Gesetzesmaterialien, nämlich im Bericht des Verfassungsausschusses wird ausdrücklich festgehalten, daß unter dem Begriff „Verwaltung des Bundes einschließlich seiner Tätigkeit als Träger von Privatrechten" nicht ua „die (privatwirtschaftliche) Tätigkeit vom Bund verschiedener Rechtsträger" fällt, wie etwa „der verstaatlichten Industrie oder der verstaatlichten Banken".[27] Damit stimmt überein, daß nach unbestrittener Ansicht keine Verwaltungstätigkeit im Sinne des B-VG vorliegt, wenn ein vom Bund errichteter, jedoch selbständiger Privatrechtsträger in den **Handlungsformen des Privatrechts** tätig wird. Ist der Bund an einem Privatrechtsträger beteiligt, so gilt nur die Ausübung *Beteiligungsrechte durch Bundesorgane* als Bundesprivatwirtschaftsverwaltung (Art 17 B-VG), nicht jedoch die Tätigkeit der Organe der juristischen Person selbst[28], wie etwa die Errichtung einer Eisenbahnstrecke durch die Eisenbahn-Hochleistungsstrecken AG. Solche Tätigkeiten gehören daher nicht zur „Verwaltung des Bundes" im Sinne des Art 148a B-VG.

---

[26] In diesem Sinne auch *Korinek*, Kontrollprobleme, in: *Funk* (Hrsg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981) 101ff (127ff) sowie *Klecatsky/Pickl*, die Volksanwaltschaft (1989) 53ff. In diesem Sinne auch *Öhlinger*, Verfassungsrecht[2] 227, wenn er die Ansicht vertritt, daß der Begriff „Mißstand in der Verwaltung des Bundes" **funktionell** zu verstehen ist, „soweit es sich um **Hoheitsverwaltung** handelt; umfaßt seien daher auch die Besorgung von Aufgaben des Bundes durch *Organe anderer Rechtsträger*.

[27] Vgl 421 BlgNR 14.GP, S.2.

[28] So zutreffend etwa *Korinek*, Kontrollprobleme (FN 26) 117 sowie *Kucsko-Stadlmayer*, Die Volksanwaltschaft als Rechtsschutzeinrichtung, in: *Schefbeck* (Red), 75 Jahre Bundesverfassung (1995) 559ff (571; ferner VfSlg 13.323/1972).

Dieses Ergebnis wird durch eine *verfassungssystematische Überlegung* unterstrichen. Die Rechnungshofkontrolle und bestimmte parlamentarische Kontrollrechte (zB Interpellationsrecht) beziehen sich Kraft ausdrücklicher Verfassungsbestimmung auch auf ausgegliederte Privatrechtsträger, freilich nicht auf sämtliche, sondern nur auf jene, an denen die Gebietskörperschaften zumindestens mit 50% beteiligt sind oder die von einer Gebietskörperschaft sonst wirtschaftlich/organisatorisch/finanziell „beherrscht" werden (vgl insb Art 52 Abs 2 und Art 126b Abs 2 B-VG). Eine solche die Prüfzuständigkeit beschränkende Regelung fehlt bei der VA-Kontrolle, was gleichfalls den Schluß nahelegt, daß ausgegliederte Privatrechtsträger der volksanwaltschaftlichen Kontrolle nicht unterliegen, wenn sie mit den Instrumenten des Privatrechts tätig werden.[29]

## B. Exkurs: Die Kontrolle juristischer Personen öffentlichen Rechts durch die VA

Hier gilt nichts anderes als bereits zu den juristischen Personen des Privatrechts gesagt wurde: Die Tätigkeit juristischer Personen öffentlichen Rechts (Anstalten, Fonds, Stiftungen etc) ist lediglich dann als staatliche Verwaltungstätigkeit zu qualifizieren, wenn sie mit **hoheitlichen Befugnissen** ausgeübt wird. Nur insoweit liegt auch eine Verwaltungstätigkeit im Sinne des Art 148a B-VG vor und kommt eine volksanwaltschaftliche Kontrolle in Betracht. Haben hingegen juristische Personen öffentlichen Rechts nichthoheitliche Aufgaben zu erfüllen, liegt keine staatliche Verwaltungstätigkeit vor.[30] In diesem Tätigkeitsbereich unterliegen sie daher auch nicht der Prüfkompetenz der VA. So gilt etwa der ORF als *selbständige Anstalt öffentlichen Rechts* (§ 1 RundfunkG BGBl 1984/379), die ausschließlich privatrechtsförmige Aufgaben zu erledigen hat (VfSlg 7717/1975). Der ORF unterliegt zwar Kraft ausdrücklicher Verfassungsbestimmung der Rechnungshofkontrolle (§ 31a RFG), nicht jedoch der VA-Prüfkompetenz.[31]

## C. Einfachgesetzliche Erweiterung der VA-Prüfkompetenz

[29] So auch VfSlg 13.323/1992 sowie die überwiegende Verfassungsrechtslehre, vgl etwa *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht[3] (1985) 356; *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht[3] (1987) 435; *Kucsko-Stadlmayer*, Volksanwaltschaft als Rechtsschutzeinrichtung (FN....) 570f; *Mayer*, B-VG (1994) Art 148a B-VG I.1; *Öhlinger*, Verfassungsrecht[2] 227 sowie *Walter/Mayer*, Grundriß (FN 22) Rz 1267; anderer Ansicht *Korinek*, Kontrollprobleme (FN 26) 127ff sowie *Klecatsky/Pickl*, Die Volksanwaltschaft (FN 26) 54ff.

[30] Vgl dazu *Rill*, Zum Verwaltungsbegriff, in: *Rill* (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht (FN ) 48ff sowie *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht (18).

[31] Gleiches gilt für den jüngst begründeten „Nationalfonds der Republik Österreich für Opfer des Nationalsozialmus" (BGBl 1995/432), der seine Förderleistungen im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung zu erbringen hat (vgl § 3 BG BGBl 1995/432).

Mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattete juristische Personen des Privatrechts, aber auch des öffentlichen Rechts kommen in der Staatspraxis nur selten vor. Die **Mehrzahl** der ausgegliederten Rechtsträger des privaten und des öffentlichen Rechts haben *nichthoheitliche Aufgaben* zu erfüllen. Nach der geschilderten Verfassungslage unterliegen sie daher nicht der VA-Prüfkompetenz, was namentlich dann als **bedauerliche Rechtsschutzlücke** empfunden wird, wenn von der Tätigkeit des jeweiligen Rechtsträgers massiv Bürgerinteressen betroffen sind. Nicht weiter verwunderlich ist es daher, wenn die Staatspraxis nach Auswegen sucht. Einer davon ist die einfachgesetzliche Erweiterung der VA-Prüfkompetenz.

Hiefür ein Beispiel: Mit dem ArbeitsmarktserviceG BGBl 1994/313 (AMSG) wurde die Durchführung der Arbeitsmarktpolitik des Bundes aus der unmittelbaren Bundesverwaltung herausgenommen und auf ein *Dienstleistungsunternehmen öffentlichen Rechts* mit eigener Rechtspersönlichkeit mit der Bezeichnung „Arbeitsmarktservice" übertragen (vgl § 1 AMSG). Dieses Unternehmen hat die Aufgaben der Arbeitsmarktpolitik (zB Hilfe bei der Arbeitsplatzsuche, Gewährung von Beihilfen, Genehmigung von Sozialprogrammen etc) teils mit hoheitlichen Mitteln (vgl § 24 AMSG), in der Mehrzahl der Fälle jedoch privatrechtsförmig zu erledigen.

Dieses doppelte Aufgabenfeld hat Auswirkungen auf die VA-Kontrolle: hinsichtlich der hoheitlichen Aufgaben bestünde die VA-Kontrolle, hinsichtlich der Wahrnehmung nichthoheitlicher Aufgaben wäre sie nicht gegeben. Diese für einen „Normalbürger" unverständliche Aufteilung der Prüfkompetenz hat den Gesetzgeber oft zur Anordnung einer *umfassenden Prüfkompetenz der VA* veranlaßt. In diesem Sinne unterliegt nach § 60 Abs 2 AMSG die (gesamte) Tätigkeit des Arbeitsmarktservice der Prüfung durch die VA.[32]

Die skizzierte Zuständigkeitsregelung ist klar, ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit jedoch zweifelhaft. Die Problematik liegt darin, daß der Zuständigkeitsbereich der VA **bundesverfassungsrechtlich umschrieben** ist und daher wiederum nur durch den Bundesverfassungsgesetzgeber selbst oder auf Basis einer bundesverfassungsrechtlichen Ermächtigung durch den einfachen Gesetzgeber erweitert/verändert werden darf. Es ist daher zu fragen, auf welcher bundesverfassungsrechtlichen Ermächtigung die Zuständigkeitsregelung

[32] In ihrem 18.Bericht an den NR (1994), S. 4, fordert die VA für den Fall der organisatorischen Verselbständigung der Post eine ähnliche Zuständigkeitsregelung; der Wunsch wurde nicht erfüllt, im PoststrukturG (Art 95 des StrukturanpassungsG BGBl 1996/201) fehlt eine diesbezügliche Klausel.

des § 60 Abs 2 AMSG beruht. In den Gesetzesmaterialien[33] wird § 60 AMSG als bloß klarstellende Regelung qualifiziert und auf die Ermächtigung zur Ausführungsgesetzgebung nach Art 148j B-VG verwiesen. Zufolge dieser Vorschrift dürfen nähere Bestimmungen zur „Ausführung" des 7.Hauptstückes („Volksanwaltschaft") bundesgesetzlich getroffen werden.

Die Qualifikation des § 60 Abs 2 AMSG als bloß klarstellende Regelung ist zumindest in Bezug auf die *nichthoheitliche Aufgabenwahrnehmung* durch das Arbeitsmarktservice unzutreffend; in dieser Hinsicht bedeutet die Vorschrift keine bloße „Ausführung" einer dem Grunde nach in den Art 148a ff B-VG enthaltenen Regelung, sondern eine *konstitutive, weil über den verfassungsrechtlichen Rahmen hinausgehende Zuständigkeitserweiterung*. Insofern ruft § 60 Abs 2 AMSG bundesverfassungsrechtliche Bedenken hervor.[34]

## D. Die Überprüfung ausgegliederter Privatrechtsträger durch den Vorarlberger Landes-VA

Gegenstand unserer bisherigen Betrachtungen war die Prüfung ausgegliederter Privatrechtsträger durch die Bundes-VA. In einem Bundesstaat wie Österreich ist aber auch über die einschlägige Prüfkompetenz allfälliger Landes-VA abzuhandeln.

Art 148i Abs 1 B-VG ermächtigt die Länder, durch **eigenes LVG** die Bundes-VA auch zur Prüfung der jeweiligen Landesverwaltung für zuständig zu erklären. Von dieser Möglichkeit haben die meisten Bundesländer Gebrauch genommen.[35] Nach Art 148e Abs 2 B-VG können die Länder aber auch *„Einrichtungen mit gleichartigen Aufgaben wie die Volksanwaltschaft"* für den Bereich der jeweiligen Landesverwaltung schaffen. Von dieser Möglichkeit haben die Länder Tirol und Vorarlberg Gebrauch gemacht und eigene *„Landesvolksanwälte"* eingerichtet.[36]

---

[33] In den Erläuterungen und zu § 60 heißt es: „Auf Anregung der Volksanwaltschaft wurde die (richtig wohl: in) Ausführung des Art 148j B-VG die Prüfungskompetenz der Volksanwaltschaft hinsichtlich des Arbeitsmarktservice klargestellt" (1468 BlgNR 18.GP, S. 41).

[34] Eine im Sinne des Art 148a B-VG einschränkende Interpretation des § 60 Abs 2 AMSG auf die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben erscheint mit Rücksicht auf den undifferenzierten Wortlaut (arg „Tätigkeit") kaum möglich.

[35] Vgl Burgenland: Art 70 L-VG LGBl 1981/42; Kärnten: LGBl 1980/25; NÖ: LGBl 0003-0; OÖ: Art 68 L-VG LGBl 1991/122; Salzburg: LGBl 1979/86; Stmk: § 35 L-VG LGBl 1960/1 idF zuletzt LGBl 1994/107; Wien: § 139a Wiener Stadtverfassung. - Vgl dazu auch *Walter/Mayer*, Grundriß[8] Rz 1268.

[36] Tirol: Art 59 Tiroler Landesordnung LGBl 1988/61; Art 57-59 Vlbg L-VG LGBl 1984/30 idF LGBl 1994/35; Vlbg LandesvolksanwaltsG LGBl 1985/29 idF LGBl 1987/14.

Die Orientierung an der Bundesverfassung ist unschwer zu erkennen, wenn hinsichtlich der Umschreibung der Prüfkompetenz des Landes-VA in Art 57 Abs 3 Vlbg L-VG vorgesehen ist, jedermann könne sich wegen behaupteter Mißstände in der „**Verwaltung des Landes**" beschweren. „Verwaltung des Landes" ist zunächst die gesamte Hoheitsverwaltung des Landes; dazu gehören jedenfalls die unmittelbare und die mittelbare Landesverwaltung (zB durch Bundesorgane - Art 15 Abs 4 B-VG), sowie die Vollzugstätigkeit von Selbstverwaltungskörpern (zB Gemeinden) im übertragenen Wirkungsbereich des Landes, ferner die hoheitliche Aufgabenerfüllung durch ausgegliederte juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts im Auftrag des Landes.[37]

Erfaßt ist aber auch die gesamte **Privatwirtschaftsverwaltung des Landes** (zB Förderungsverwaltung, öffentliche Auftragsvergabe); dazu gehören aufgrund des Zuvorgesagten jedoch lediglich Akte, die dem Land zuzurechnen sind, die also von Landesverwaltungsorganen selbst gesetzt werden, nicht hingegen privatwirtschaftliche Akte von Organen selbständiger juristischer Personen öffentlichen oder des privaten Rechts. Denn die Erledigung **nichthoheitlicher Aufgaben** durch ausgegliederte Rechtsträger ist nicht mehr „Verwaltung des Landes".

In Durchführung dieser landesverfassungsrechtlichen Grundlagen umschreibt das Vlbg LG über den Landesvolksanwalt LGBl 1985/29 den Tätigkeitsbereich des Landes-VA folgender eigentümlicher Formulierung; zur „Verwaltung des Landes" zählen danach

> „a) alle Verwaltungsangelegenheiten des selbständigen Wirkungsbereiches des Landes einschließlich der Tätigkeit des Landes als Träger von Privatrechten, die von Organen des Landes selbst oder von anderen Rechtspersonen im Auftrag des Landes besorgt werden,
> b) die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinden, soweit er Angelegenheiten aus dem Bereich der Landesvollziehung umfaßt, und die Tätigkeit der Gemeinden als Träger von Privatrechten" (§ 2 Abs 5 Vlbg LG über den Landesvolksanwalt).

---

[37] Dazu zählt wohl auch die hoheitliche Vollzugstätigkeit der Gemeinden im eigenen Wirkungsbereich im Rahmen der Landesvollziehung (vgl Art 148c B-VG); in diesem Sinne auch *Walter/Mayer*, Grundriß[8] Rz 1267 hinsichtlich der gleichen Problematik im Bereich der Bundesvollziehung, *Kucsko-Stadlmayer*, Volksanwaltschaft als Rechtsschutzeinrichtung (FN 28) 571. Erfaßt sind aber auch privatwirtschaftliche Maßnahmen der Gemeinden (Vgl Art 116 Abs 2 B-VG); auch diese Tätigkeit unterliegt der Prüfkompetenz des Landes-VA (vgl § 2 Abs 3 lit b Vlbg LG über den Volksanwalt LGBl 1985/29).
Freilich gilt auch hier: Zur „Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinde" zählen lediglich nichthoheitliche Verwaltungsakte von Gemeindeorganen, nicht hingegen die privatrechtliche Betätigung ausgegliederter, selbständiger Rechtsträger (zB Stadtwerke AG). „Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinde" ist in einem solchen Fall nur die Ausübung der Beteiligungsrechte durch Gemeindeorgane, nicht jedoch die privatrechtliche Gestion der Organe des jeweiligen Rechtsträgers.

Wesentlich ist im vorliegenden Zusammenhang, ob sich der Halbsatz „...von anderen Rechtspersonen im Auftrag des Landes besorgt werden" auch auf ausgegliederte „beherrschte" Privatrechtsträger, wie etwa auf die Tätigkeit der Vorarlberger Kraftwerke AG (VKW) oder der Vorarlberger Gemeinnützigen Wohn- und Siedlungsgesellschaft mbH (VOGEWOSE) bezieht. Rein grammatikalisch läßt sich dieser Halbsatz auch auf die „Tätigkeit des Landes als Träger von Privatrechten" beziehen, woraus abgeleitet werden könnte, daß „im Auftrag des Landes" tätige Privatrechtsträger der landesvolksanwaltschaftlichen Kontrolle unterlägen. Eine solche (ausschließlich wörtlich-grammatikalische) Interpretation führt indes zu einem gleichermaßen bundes- wie landesverfassungswidrigen Ergebnis.

Es wurde zur Genüge ausgeführt, daß die Erfüllung nichthoheitlicher Aufgaben durch ausgegliederte Privatrechtsträger nicht der Prüftätigkeit der Bundes-VA unterliegt. Diese fehlende Kontrollkompetenz muß als eines der (bundesverfassungsrechtlichen) Strukturmerkmale der Bundes-VA qualifiziert werden. Nun sind die Länder nach Art 148i Abs 2 B-VG lediglich zur Schaffung eigenständiger Kontrolleinrichtungen „**mit gleichartigen Aufgaben**" ermächtigt. Genau dies hat der Vorarlberger Landesverfassungsgesetzgeber getan, indem er den Aufgabenbereich des Landes-VA mit den analogen Worten „Verwaltung des Landes" umschrieb und damit nichthoheitliche Aufgabenerledigung durch ausgegliederte Privatrechtsträger ausklammerte. Es kann nun dem Landesgesetzgeber keinesfalls gestattet sein, diesen bundes- wie landesverfassungsrechtlich festgelegten Kontrollbereich zu erweitern. Dies wird vermieden, wenn man den Halbsatz „von anderen Rechtspersonen im Auftrag des Landes besorgt werden" (§ 2 Abs 5 Vlbg LG über den Landesvolksanwalt) bundes- und landeskonformd *einschränkend interpretiert* und ihn nur auf die **hoheitliche Vollzugstätigkeit** des Landes bezieht. Bei einer solchen Interpretation unterliegen der Prüfkompetenz des Landes-VA lediglich „im Auftrag des Landes" von anderen Organen (zB des Bundes - Art 15 Abs 4 B-VG, der Gemeinden/übertragener Wirkungsbereich oder von ausgegliederten Rechtsträgern des öffentlichen oder privaten Rechts) gesetzte **Hoheitsakte**, nicht aber privatrechtliche Tätigkeiten ausgegliederter Privatrechtsträger. Da die erwähnten, vom Land beherrschten Privatunternehmen (Vlbg Kraftwerke AG, Vlbg Gemeinnützige Wohn- und Siedlungsgesellschaft mbH) ausschließlich privatwirtschaftliche Tätigkeiten entfalten, fallen sie aus der Prüfkompetenz des Landes-VA heraus.

## IV. Prüfung ausgegliederter Privatrechtsträger durch Ombudsmann-Einrichtungen in anderen Staaten im Überblick

Bevor ich abschließend auf Möglichkeiten der Änderung der Bundesverfassung zur Erweiterung der Zuständigkeit der VA zu sprechen komme, möchte ich noch einen kurzen Überblick über die Kontrolle ausgegliederter Privatrechtsträger durch Ombudsmann-Einrichtungen in ausgewählten Staaten/Teilstaaten Europas geben. Grundlage des Überblicks sind dabei nicht die Originalquellen, sondern kurze Nationalberichte, die mir freundlicherweise von den Ombudsmann-Einrichtungen zur Verfügung gestellt wurden.[38]
Der Überblick gibt nur in kurzen und groben Zügen die Rechtslage wieder.

**Malta (Ombudsman):** Nach dem einschlägigen Act Nr XXI/1995 bezieht sich die Kontrollbefugnis des Ombudsmanns auch auf private Unternehmungen („partnerships"), an denen die öffentliche Hand beteiligt ist oder die von der öffentlichen Hand „beherrscht" werden; ausgenommen ist lediglich die privatrechtlich organisierte, staatliche Schiffswerft „Malta Drydocks Corporation".

**England** (Local Government Ombudsman): Die Rechtslage dürfte kompliziert sein, namentlich auch durch die Existenz zahlreicher ombudsmannähnlicher Einrichtungen (zB Police Complaints Authority). Die Zuständigkeit des Local Government Ombudsman bezieht sich offensichtlich nur auf die klassische kommunale öffentliche Verwaltung, bei Ausgliederung einschlägiger Verwaltungszweige (zB kommunale Wasser- oder Energieversorgungsunternehmen etc) entfällt hingegen eine Zuständigkeit des Ombudsmanns.

**Finnland** (Parliamentary Ombudsman): Die in jüngerer Zeit stattgefundenen Privatisierungsmaßnahmen haben die Befugnisse des Ombudsmanns nicht berührt, zumal auch die Kontrollkompetenz auf die Tätigkeit ausgegliederter Privatrechtsträger ausgedehnt wurde. Es scheint jedoch Probleme bei der Abgrenzung der Ombudsmann-Zuständigkeit zu geben.

**Norwegen** (Stortingets Ombudsmann): Zu seinem Aufgabenbereich gehört grundsätzlich nur die klassische öffentliche Verwaltung. Das Parlament kann bestimmen, daß einzelne öffentliche Einrichtungen oder Unternehmungen der Kontrolle durch den Ombudsmann unterliegen.

[38] Vgl dazu auch den informativen Artikel von *Mauerer*, Die parlamentarischen Ombudsmann-Einrichtungen in den Mitgliedstaaten des Europarates, in *Matscher* (ed), Ombudsmann in Europa (1994) 123ff.

**Deutschland** (Petitionsausschuß des Bundestages): Die Prüfkompetenz des Bundestages ist durch die Umwandlung von Bahn und Post in private, vom Bund „beherrschte" Aktiengesellschaften betroffen; dies aus einem ähnlichen Grund, weswegen in Österreich die Prüfungstätigkeit der VA ausgeschlossen ist. Die ausschließlich privatrechtliche Tätigkeit ausgegliederter Privatrechtsträger ist nicht mehr privatwirtschaftliches Handeln des Staates und unterliegt daher nicht mehr dem parlamentarischen Kontrollrecht.

**Schweden** (Parliamentary Ombudsmen): Ausgegliederte Rechtsträger unterliegen der Prüftätigkeit des Ombudsmanns nur dann, wenn sie hoheitliche Aufgaben erfüllen, nicht mehr hingegen bei Übertragung privatwirtschaftlicher Aufgaben (zB National Post Agency).

**Slowenien** (Ombudsman): Nach Art 159 der Slowenischen Verfassung 1991 bezieht sich die Ombudsmann-Kontrolle auf alle staatlichen und kommunalen Behörden sowie auf sonstige Einrichtungen, die mit öffentlicher Autorität ausgestattet sind. Diese Regelung wird so verstanden, daß auch ausgegliederte Privatrechtsträger kontrolliert werden können (zB öffentliche Post-, Elektrizitäts- und Eisenbahnunternehmen). Abgelehnt hat die Kontrolle bisher nur die staatliche Slowenische Autobahngesellschaft.

**Kanton Basel** (Ombudsman): Nach § 4 des Basler Ombudsman-G 1986 umfaßt der Wirkungsbereich des Ombudsmanns alle kantonalen Behörden und Verwaltungen sowie kantonale Anstalten, Institutionen und Organisationen, soweit sie nicht privatwirtschaftlich tätig sind. Mit der gesetzlichen Ausnahme für Institutionen mit privatwirtschaftlicher Tätigkeit dachte der Gesetzgeber - ähnlich wie in Österreich - vor allem an die Kantonalbank.

**Rheinland-Pfalz** (Bürgerbeauftragte): Gem § 1 des LG über den Bürgerbeauftragten erfaßt dessen Kontrollbereich alle öffentlich-rechtlichen Regelungsfelder und Rechtsgebiete, und zwar immer dann, wenn Behörden des Landes, der Kommunen oder von sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften gegenüber Bürgerinnen und Bürgern hoheitlich tätig werden. Ob eine Kontrolle bereits hinsichtlich der staatlichen Privatwirtschaftsverwaltung (zB Förderungsverwaltung) fehlt, ist schwer feststellbar. Bei Privatisierungen in Form der Gründung ausgegliederter Privatrechtsträger scheint das Kontrollrecht des Bürgerbeauftragten nicht mehr gegeben zu sein. Jedoch wird dies nicht als wesentliche Veränderung des Rechtsschutzes qualifiziert, zumal den Bürgern der herkömmliche Verwaltungs- und Zivilrechtsweg offen steht.

**Autonome Provinz Bozen-Südtirol** (Volksanwalt): Die Prüfung ausgegliederter Privatrechtsträger ist rechtspolitisch erwünscht, aber noch nicht verwirklicht.

**Region Friaul-Julisch Venetien** (Volksanwalt): Es wird die Ansicht vertreten, daß der Volksanwalt gegenüber privatisierten Körperschaften (die vorher Bestandteil der regionalen Verwaltungsorganisation waren) die gleiche Interventionsmöglichkeit wie für regionale Verwaltungsakte hat.

**Region Toskana** (Volksanwalt): Nach Art 3 des Regionalgesetzes Nr. 4/1994 „Neue Regelung des Volksanwaltes" bezieht sich die Interventionsmöglichkeit auch auf „Körperschaften oder Betriebe mit regionaler Kapitalbeteiligung".

**Region Sardinien** (Volksanwalt): Der Volksanwalt ist nur für Angelegenheiten oder Verfahren der Regionalverwaltung und der von ihr beauftragten Körperschaften sowie der Sanitätseinheiten zuständig.

**Kanton Zürich** (Ombudsmann): Selbständige Anstalten oder Privatrechtsträger (zB Zürcher Kantonalbank) unterliegen nicht der Kontrolle durch den Ombudsmann.

**Spanien** (Defensor del Pueblo): Die Qualität der Rechtsform von Unternehmungen, Gesellschaften, Verwaltungseinheiten, die in qualifizierter Weise mit der öffentlichen Verwaltung verbunden sind, kann eine Intervention des Defensor nicht verhindern. Somit unterliegen offenbar auch ausgegliederte Privatrechtsträger seiner Kontrolle.

**Katalonien** (Sindic de Greuges): Die Zuständigkeitsregeln scheinen einer Fortentwicklung im Interpretationsweg zugänglich zu sein. Es wird die Ansicht vertreten, daß bei Privatisierung von Dienstleistungen eine Zuständigkeit des Sindic vorliegen soll.

**Polen** (Ombudsman): Nach der Privatisierung ehemals öffentlicher Unternehmungen (zB Banken, Versicherungen) geht der Schutz des Ombudsmanns zumindest teilweise verloren.

**Dänemark** (Ombudsman): Bisher im Rahmen der staatlichen Verwaltungsorganisation erfüllte Dienstleistungen wurden privatisiert (zB Post, Bahn). Ausgegliederte Privatunternehmen des Staates unterliegen nicht mehr der Aufsicht des Ombudsmanns.

Zusammenfassend: Der Überblick entspricht dem herkömmlichen Bild von Europa. Die Rechtslage in den einzelnen Staaten ist bunt und vielfältig. Die Staaten, in denen ausgegliederte Privatrechtsträger nicht geprüft werden können, scheinen jedoch in der Mehrzahl zu sein.

## V. Notwendigkeit einer verfassungspolitischen Neuordnung der VA-Prüfkompetenz in Bezug auf ausgegliederte Privatrechtsträger?

Abschließend sei noch die Frage erörtert, ob die bundesverfassungsrechtlichen Bestimmungen über den Zuständigkeitsbereich der VA (vgl insb Art 148a Abs 1 B-VG) abgeändert werden sollen, uzw in Richtung auf die Möglichkeit der Überprüfung ausgegliederter „beherrschter" Privatrechtsträger (allenfalls auch juristischer Personen öffentlichen Rechts mit nichthoheitlichen Aufgaben) durch die VA.

Bei Beantwortung dieser Frage bieten sich grundsätzlich zwei Lösungsvarianten an: Anpassung der Prüfbefugnis der VA an die Kontrollbefugnisse des Rechnungshofes (RH) oder Normierung einer *eigenständigen Prüfbefugnis* über ausgegliederte Privatrechtsträger für die VA. Der RH ist zur Kontrolle von Privatunternehmungen befugt, an denen der Bund (allein oder mit anderen Gebietskörperschaften) mit mindestens 50% des Grundkapitals beteiligt ist (vgl etwa Art 126b Abs 2 B-VG); ferner kann er Unternehmungen kontrollieren, die vom Bund durch sonstige finanzielle/organisatorische/wirtschaftliche Maßnahmen „beherrscht" sind (zB Gewährung massiver Bundesförderungen).

Eine Erweiterung der VA-Prüfkompetenz analog der RH-Zuständigkeit hätte zur Folge, daß die VA **alle ausgegliederten Privatrechtsträger mit mehrheitlicher Staatsbeteiligung** prüfen könnte.[39] Ob dies der verfassungspolitischen Weisheit letzter Schluß ist, wage ich zu

[39] In diese Richtung geht ein der Entwurf der Volksanwaltschaft vom 26.4.1996; Art 148a Abs 1 sollte danach lauten: „Jedermann kann sich bei der Volksanwaltschaft wegen behaupteter Mißstände in der Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten beschweren, sofern er von diesen Mißständen betroffen ist und soweit ihm ein Rechtsmittel nicht oder nicht mehr zur Verfügung steht. Die Zuständigkeit der Volksanwaltschaft erstreckt sich auch auf die Tätigkeit von Fonds, Stiftungen oder Anstalten die von Organen des Bundes oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hiezu von Organen des Bundes bestellt sind; ferner auf die Tätigkeit von Unternehmungen, an denen der Bund allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit der Volksanwaltschaft unterliegenden Rechtsträgern mit mindestens 50 vH des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist oder die derBund allein oder gemeinsam mit

bezweifeln. Zunächst fehlt der VA wohl das für Wirtschaftsprüfungen geeignete Personal. Überdies droht die Gefahr einer „Verdoppelung der Kontrolle", zumal viele Unternehmungen vom RH geprüft werden. Wesentlich ist schließlich ein *Strukturunterschied* zwischen dem RH und der VA in Bezug auf die *Kontrollinitiative:* Die Initiative für eine RH-Kontrolle geht vom RH selbst oder von einem anderen Staatsorgan aus (zB Nationalrat; vgl Art 126b Abs 4 B-VG); dem Bürger kommt kein Initiativrecht zu. Die Initiative für eine VA-Kontrolle liegt hingegen grundsätzlich beim **Bürger** (Art 148a Abs 1 B-VG).[40] Er erhebt über einen „Mißstand in der Verwaltung" Beschwerde und setzt damit die Prüftätigkeit in Gang.

Eine Erweiterung der VA-Kontrollbefugnis auf ausgegliederte Privatrechtsträger würde im Hinblick auf das Initiativrecht des Bürgers **große Mißbrauchsmöglichkeiten** schaffen; dazu einige Beispiele: Soll wirklich ein Tourist mit der Behauptung, die (seiner Meinung nach) überhöhten Eintrittspreise in das Schloß Schönbrunn bildeten einen „Mißstand", die Überprüfung der „Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebs GmbH" anregen können? Soll die Behauptung von Kunden einer verstaatlichten Bank, die (ihrer Meinung nach) zu geringen Einlagenzinsen seien durch ungerechtfertigte Kreditvergaben an insolvenzgefährdete Unternehmungen verursacht, zur Kontrolle dieser Bank durch die VA führen? Sollen Planung und Errichtung von Hochleistungsstrecken durch die Eisenbahn-Hochleistungsstrecken AG durch die VA überprüft werden können, weil Anlieger behaupten, die Trasse sei zu nahe an ihre Grundstücke herangebaut worden; dies obwohl gegen die hoheitliche Trassenfestlegung Rechtsmittel bei den Gerichten öffentlichen Rechts zulässig sind? Die Liste problematischer Kontrollakte ließe sich fortsetzen.

Auf der anderen Seite scheint es Tätigkeitsbereiche ausgegliederter Unternehmungen zu geben, wo eine VA-Kontrolle durchaus naheliegend ist; erwähnt seien etwa: Zögerliche Vermittlung von Arbeitslosen durch das ausgegliederte „Arbeitsmarktservice"; problematische Vergabepraktiken im Bereich der staatlichen Monopolunternehmen (zB Trafikantenbestellung); Telefongebührenstreitigkeiten; Anschluß- oder Preisgestaltungsprobleme bei Energieversorgungsunternehmungen.

---

anderen solchen Rechtsträgern betreibt. Jede solche Beschwerde ist von der Volksanwaltschaft zu prüfen. Dem Beschwerdeführer sind das Ergebnis der Prüfung sowie die allenfalls getroffenen Veranlassungen mitzuteilen."

[40] Daran ändert der Umstand nichts, daß auch eine amtswegige Prüfung durch die VA vorgesehen ist (Art 148a Abs 2 B-VG; VfGH 14.6.1995, KV 1/95). Der amtswegigen Prüfbefugnis kommt in der Praxis nur geringe Bedeutung zu.

Die vorangehenden Überlegungen ergeben einen einfachen Befund: Es gibt ausgegliederte Privatrechtsträger, deren Tätigkeit der VA-Kontrolle unterstellt sein sollten; es gibt aber auch Privatrechtsträger, bei denen eine solche VA-Prüfkompetenz wenig Sinn ergibt. Anders ausgedrückt: die Problematik der Prüfung ausgegliederter Privatrechtsträger kann nicht mit einem „Entweder" (Prüfung aller ausgegliederter Privatrechtsträger) „Oder" keine VA-Kontrolle umschrieben werden, angebracht ist eher eine differenzierende Sicht des Problems: Manche Rechtsträger sollten der VA-Kontrolle unterworfen werden, andere hingegen nicht. Verfassungspolitisches Unterscheidungskriterium sollte nicht die Organisation, insbesondere nicht die Mehrheitsverhältnisse sein, den Ausschlag sollte jeweils die **Aufgabenstellung eines Privatrechtsträgers** geben. Volksanwaltschaftliche Kontrolle sollte daher vorgesehen werden, wenn die Aufgabenwahrnehmung eines Privatrechtsträgers die **Interessensphäre der Bürger** in spezifischer Weise berührt und **wirtschaftliche Interessen** des jeweiligen Privatrechtsträgers (zB Wahrung von Geschäftsgeheimnissen) dem nicht entgegenstehen. Ob dies der Fall ist, läßt sich in generell-abstrakter Form nur schwer umschreiben. Sinnvoll wäre es daher, den Gesetzgeber von Fall zu Fall darüber entscheiden zu lassen, ob ein ausgegliederter Privatrechtsträger der VA-Kontrolle unterliegt. Zu diesem Zweck wäre (lediglich) der Einbau einer **Bundesverfassungsbestimmung** erforderlich, die den Gesetzgeber zur Erweiterung der VA-Prüfkompetenz auf ausgegliederte Verwaltungsträger des öffentlichen und privaten Rechts *im Einzelfall* ermächtigt.[41]

Für eine solche bundesverfassungsrechtliche Ermächtigung spricht zunächst, daß mit der Entscheidung des Gesetzgebers im Einzelfall **Klarheit** über die Zuständigkeit der VA besteht (im Gegensatz zu einer generell-abstrakten Umschreibung). Von Vorteil wäre ferner, daß der Gesetzgeber eine differenziertere, dem jeweiligen Unternehmensgegenstand angepaßte Zuständigkeitsregelung treffen könnte. In diesem Sinne wäre es etwa denkbar, nicht den *gesamten Geschäftsbereich* eines ausgegliederten Unternehmens, sondern lediglich für den Bürger *„sensible Geschäftsbereiche"* der VA-Kontrolle zu unterwerfen. So könnte zB bei ausgegliederten Energieversorgungsunternehmungen die Kontrollbefugnis auf *Anschlußzwang* und die *Strompreisgestaltung* beschränkt werden. Gegenüber diesen Vorteilen wiegt der Nachteil dieser Regelungstechnik eher gering, nämlich, daß die Erweiterung der VA-Prüfkompetenz dem politischen Ermessen des Gesetzgebers und damit den Schwankungen der Politik überlassen ist.

[41] Es wäre dies ein ähnlicher Weg, wie ihn der Gesetzgeber bereits mit der Normierung der VA-Kontrolle hinsichtlich des ausgegliederten „Arbeitsmarktservice" - allerdings ohne bundesverfassungsrechtliche Ermächtigung - eingeschlagen hat (vgl § 60 Abs 2 AMSG).

## VI. Zusammenfassung

Die Tendenz, ehemals vom staatlichen Verwaltungsapparat erledigte Dienstleistungsaufgaben auf „beherrschte" Rechtsträger des privaten oder öffentlichen Rechts auszugliedern, hält an. Es ist für den Bürger vielfach uneinsichtig, daß durch den bloßen Wechsel der Organisations- bzw Unternehmensform der volksanwaltschaftliche Rechtsschutz verloren geht. Der Bundesverfassungsgesetzgeber sollte daher Vorsorge treffen, daß auch in für den Bürger sensiblen Geschäftsbereichen ausgegliederter Privatrechtsträger eine Mißstandskontrolle durch die VA möglich ist.